

## **CH\_VB JAAC 67.4 vom 5. Juni 2002**

Bundesverwaltung, 2002-06-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_67.4\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_67.4__)

FR: CH\_VB JAAC 67.4 du 5 juin 2002

IT: CH\_VB JAAC 67.4 del 5 giugno 2002

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Für die Frage, ob das IGE dem Beschaffungsrecht des Bundes untersteht, sind das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (ÜoEB)[5] der Welthandelsorganisation (WTO) sowie das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)[6] massgebend. Dem BoeB unterstehen nach Art. 2 Abs. 1 BoeB: «a. die allgemeine Bundesverwaltung; b. die Eidgenössische Alkoholverwaltung; c. die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten; d. die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post, soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT-Übereinkommen nicht unterstehen [...]». Der Terminus «allgemeine Bundesverwaltung» (in der französischen Version «administration générale de la Confédération») nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB ist auslegungsbedürftig. Der Botschaft zum BoeB zufolge unterstehen dem Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 1 BoeB «Auftraggeberinnen des Bundes, wie sie das GATT-Übereinkommen in Anhang 1 Annex 1 definiert»[7]. Das IGE ist in diesem Anhang, der die Verwaltungseinheiten einzeln aufführt, während

#### **E. 2**

Aus der Systematik von Art. 2 Abs. 1 BoeB ergibt sich, dass die Eidgenössische Alkoholverwaltung (EAV), die Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH) und ihre Forschungsanstalten sowie die Schweizerische Post nicht der «allgemeinen Bundesverwaltung» zugerechnet werden. Sie werden nämlich in Art. 2 Abs. 1 Bst. b-d BoeB neben der allgemeinen Bundesverwaltung selbständig aufgeführt. Die Systematik von Art. 2 BoeB deutet somit darauf hin, dass mit der «allgemeinen Bundesverwaltung» die Zentralverwaltung, unter Ausschluss der dezentralisierten Verwaltungseinheiten, gemeint ist. Das IGE lässt sich von seiner organisatorischen Stellung her mit der Eidgenössischen Alkoholverwaltung, den Eidgenössischen Technischen Hochschulen und der Post vergleichen. Alle drei Institutionen haben eine eigene Rechtspersönlichkeit, gehören zu 100% dem Bund und führen eine eigene Rechnung, d. h. sie sind aus dem Finanzhaushalt des Bundes ausgegliedert[10]. Sind diese Institutionen nicht der «allgemeinen Bundesverwaltung» im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB zuzurechnen, so legt dies den Schluss nahe, dass auch das IGE nicht der «allgemeinen Bundesverwaltung» im Sinn des BoeB zuzurechnen ist.

#### **E. 3**

Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD)[16] führt das IGE in Art. 29 als Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung auf. Nach Art. 2 Abs. 3 RVOG beurteilt sich die

Zugehörigkeit dezentralisierter Verwaltungseinheiten zur Bundesverwaltung «nach Massgabe ihrer Organisationserlasse». Aufgrund dieser Organisationserlasse kann je nach Zusammenhang, in dem die Stellung einer Institution zur Diskussion steht, die Zugehörigkeit zur Bundesverwaltung unterschiedlich beurteilt werden[17]. So kam das BJ in einer Stellungnahme vom 4. September 1998 zur Frage des Einbezugs der gemeinwirtschaftlichen Abteilungen des Bundes ans IGE in den Subventionsbericht aus subventionsrechtlicher Optik zum Schluss, dass das IGE im Sinne des Subventionsgesetzes als verwaltungsextern zu betrachten sei und demzufolge als Destinatär von Bundessubventionen (Abteilungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen) im Subventionsbericht des Bundesrates aufgeführt werden könne. Ferner sei hier auf die Stellung des Personals des IGE hingewiesen, das nicht dem Bundespersonalgesetz untersteht, sondern einem besonderen Personalstatut[18]. Im vorliegenden Zusammenhang des Beschaffungsrechts ergeben sich indessen aus dem Organisationserlass des IGE - dem Bundesgesetz über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG)[19] - keine Anhaltspunkte für eine von RVOG, RVOV und OV-EJPD abweichende verwaltungsorganisatorische Einordnung des IGE. Zwischenergebnis: Zusammenfassend lässt sich somit vorläufig Folgendes festhalten: Aus der systematischen Auslegung von Art. 2 Abs. 1 BoeB ergibt sich, dass mit der «allgemeinen Bundesverwaltung» die Zentralverwaltung gemeint sein dürfte und dass das IGE als dezentralisierte Verwaltungseinheit nicht zur allgemeinen Bundesverwaltung in diesem Sinn zu zählen ist (Ziff. I/2). Dies steht im Einklang mit dem allgemeinen Verwaltungsorganisationsrecht nach RVOG, RVOV und OV-EJPD, wonach das IGE zwar zur «Bundesverwaltung» gerechnet wird, nicht jedoch zur zentralen, sondern zur dezentralen Bundesverwaltung (Ziff. I/3).

#### **E. 4**

Zentrales Kriterium ist also dieser Ansicht zufolge «l'influence dominante des pouvoirs publics». Dieses Kriterium erfüllt auch das IGE. Als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes wird das IGE vollständig durch bundesrechtliche Spezialregelungen konstituiert. Danach steht das IGE unter der Aufsicht des Bundesrates und der Bundesrat hat die Kompetenz zur Wahl der Institutsorgane. Damit besteht eine «influence dominante publique» im Sinn der oben zitierten Ausführungen von Zufferey. An der so verstandenen «influence dominante publique» vermag auch die Selbständigkeit des IGE in organisatorischer und betriebswirtschaftlicher Hinsicht[21] nichts zu ändern. Das Kriterium der «influence dominante des pouvoirs publics» hat allerdings keine normative Geltung. So verwenden weder das BoeB noch das ÜoeB ein vergleichbares allgemeines Kriterium für die Umschreibung der erfassten Stellen, sondern bedienen sich der expliziten Aufzählung der unterstellten Stellen[22]. Zudem kann der Kreis der erfassten Stellen infolge der auf Reziprozität[23] beruhenden, individuellen Festlegung des Geltungsbereichs im ÜoeB im Verhältnis zu den einzelnen Vertragspartnern variieren (so genanntes System der variablen Geometrie[24]). Es erscheint auch aus diesem Grund als heikel, eine Leitidee über den Kreis der zu unterstellenden Stellen zu formulieren bzw. aus einer solchen Leitidee normativ verbindliche Folgerungen abzuleiten[25]. Anders verhielte es sich allenfalls, wenn die anderen Partner des ÜoeB dem IGE vergleichbare Institutionen für die Verwaltung der Immaterialgüterrechte kennen und diese dem Übereinkommen unterstellen würden. Allerdings ist dies, soweit dem BJ bekannt, nicht der Fall, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

## **E. 5**

des BoeB beeinträchtigt würde[28]. Soweit die Botschaft zum IGEG Bezug aufs «Beschaffungswesen» nimmt, lassen sich auch ihr keine Gründe entnehmen, die gegen die Anwendbarkeit des BoeB auf das IGE sprechen würden[29]. Die Situation erscheint dem BJ ein Stück weit vergleichbar mit der Bindung öffentlich-rechtlicher Anstalten und damit auch des IGE an die für staatliches Handeln geltenden Rechtsgrundsätze (vgl. Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV][30]) sowie an die Grundrechte (Art. 35 Abs. 3 BV)[31]. Die organisatorisch-betriebliche Selbständigkeit des IGE darf nicht so verstanden werden, dass sie das IGE generell von den für staatliches Handeln geltenden Regeln dispensieren würde.

## **E. 6**

Herrscht im Tätigkeitsbereich einer öffentlichen Institution Wettbewerb, so kann hinsichtlich der Unterstellung unter das BoeB eine Differenzierung angebracht sein. Das BoeB differenziert beispielsweise für die Post wie folgt: Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. d BoeB unterstehen dem BoeB auch die Post- und Automobildienste der Schweizerischen Post, «soweit sie nicht Tätigkeiten in Konkurrenz zu Dritten ausüben, welche dem GATT-Übereinkommen nicht unterstehen». Eine Wettbewerbssituation könnte auch für das IGE bestehen im Bereich seiner privatrechtlichen Dienstleistungen nach Art. 2 Abs. 1 Bst. g IGEG. Es wäre zu prüfen, ob hier analog zur Post differenziert werden sollte[32]. Dabei wäre nach Erachten des BJ zu berücksichtigen, dass Wettbewerb allein möglicherweise dann nicht ausreicht, wenn dieselbe Institution nicht nur in Konkurrenz mit Privaten steht, sondern auch Monopoldienste anbietet. In solchen Fällen besteht die Gefahr, dass die in Konkurrenz zu Privaten erbrachten Dienstleistungen durch die Monopoldienste quersubventioniert werden. Es wäre daher zu überlegen, ob in solchen Fällen die Dispensation von der Beachtung des Beschaffungsrechts nicht nur vom Wettbewerb abhängig zu machen wäre, sondern ob zusätzlich auch getrennte Rechnungen für die Monopol- und die Konkurrenzdienste zu verlangen wären.

## **E. 7**

- Für den Fall einer expliziten Unterstellung des IGE unter das BoeB wäre zu prüfen, ob das IGE für Bereiche, in denen Konkurrenz mit Privaten möglich ist, von der Unterstellung unter das Beschaffungsrecht ausgenommen werden sollte (Ziff. I/6). II. Welches ist in der Schweiz die zuständige Behörde, um über (materielle und/oder formelle) Änderungen des Anhangs I ÜoEB und dessen Notifikation an die WTO zu beschliessen? 1. Die schweizerischen Stellen, die dem ÜoEB unterstehen, sind in Anhang I ÜoEB aufgeführt. Der Anhang I ist nicht leicht zugänglich. Er ist zwar integraler Bestandteil des ÜoEB[35] und musste daher in die Genehmigung des Übereinkommens durch die Bundesversammlung eingeschlossen werden. In welcher Fassung er der Bundesversammlung zur Kenntnis gebracht worden war, ist allerdings aus den publizierten Dokumenten nicht ersichtlich[36]. Die GATT-Botschaft I[37] enthielt den Anhang I nicht, und auch in der in der AS[38] und der SR publizierten Version des Übereinkommens ist dieser Anhang nicht enthalten[39]. Da das ÜoEB auch nicht dem Referendum unterstellt wurde, existiert auch keine Referendumsvorlage, die Aufschluss geben könnte. Anhang I existiert vielmehr bloss in Form einer Liste, die via Internet bei der WTO[40] in Genf abrufbar ist. Das IGE war auf dieser Liste in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des ÜoEB nicht aufgeführt (vgl. auch oben Ziff. I/1). Neuerdings figuriert auf der Liste auch das IGE (allerdings unter der nicht ganz korrekten Bezeichnung «Institut suisse de la propriété intellectuelle» anstelle von

«Institut fédéral de la propriété intellectuelle»). 2. Wie Art. XXIV Abs. 12 ÜoEB ausdrücklich festhält, ist der Anhang I integraler Bestandteil des ÜoEB. Eine Änderung des Anhangs I ist deshalb eine Änderung eines Staatsvertrags. Die Zuständigkeit für Änderungen von Staatsverträgen beurteilt sich gemäss konstanter Praxis der Bundesbehörden grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie die Zuständigkeit zum Abschluss von Staatsverträgen. Nach Art. 166 BV ist für die Genehmigung eines Staatsvertrags grundsätzlich die Bundesversammlung zuständig. Was die Frage des Referendums betrifft, so wurde die parlamentarische Genehmigung des ÜoEB nicht dem Referendum unterstellt, da die Voraussetzungen für die Referendumsunterstellung verneint wurden[41]. Eine Änderung müsste dennoch dem Referendum unterstellt werden, wenn sie für sich genommen einen der Gründe für die Referendumsunterstellung nach Art. 140 oder 141 BV erfüllen würde. Vorliegend ist diese Voraussetzung offensichtlich nicht erfüllt.

## **E. 8**

An die Stelle der Genehmigung durch die Bundesversammlung kann auch der Abschluss bzw. die Änderung eines Staatsvertrags durch den Bundesrat treten, wenn ein Gesetz oder ein völkerrechtlicher Vertrag den Bundesrat für zuständig erklärt (Art. 166 Abs. 2 BV). 3. Das ÜoEB enthält keine Regelung, die eine Zuständigkeit des Bundesrates zur Änderung des Übereinkommens begründen würde. Hingegen wurde 1997 ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss[42] (hiernach: Ausdehnungsbeschluss) erlassen, der den Bundesrat u. a. zur Genehmigung der «Ausdehnung des Anwendungsbereichs» des ÜoEB ermächtigt. Die Ermächtigung des Bundesrates erfolgte nach Art. 1 des Ausdehnungsbeschlusses allerdings bloss «im Rahmen der Schweizerischen Verpflichtungsliste vom 15. April 1994». Sie beschränkt sich damit auf die Erweiterung des Anwendungsbereichs gegenüber neu beitretenden Mitgliedern bzw. auf die Ausdehnung gegenüber bereits beigetretenen Mitgliedern durch Beseitigung allfälliger Einschränkungen[43]. Die Tragweite der Ermächtigung ist also beschränkter Natur. Insbesondere «bedarf die Unterstellung von neuen Beschaffungsstellen unter das Abkommen, wie namentlich die in den bilateralen Verhandlungen mit der EU vorgesehene Unterstellung der Gemeinden, nach wie vor der parlamentarischen Genehmigung»[44]. Aufgrund der verfügbaren Unterlagen ist davon auszugehen, dass das IGE bzw. das BAGE auf der Schweizerischen Verpflichtungsliste vom 15. April 1994 nicht aufgeführt waren. Der Einschluss des IGE in den Anwendungsbereich des ÜoEB überschreitet damit den Rahmen der Verpflichtungsliste. Eine solche Erweiterung der schweizerischen Verpflichtungen ist daher nicht von der Delegation nach dem Bundesbeschluss vom 30. April 1997 betreffend die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen gedeckt. 4. Im Bereich der Staatsverträge ergeben sich Zuständigkeiten des Bundesrates ferner aus Art. 47bis des Geschäftsverkehrsgesetzes vom 23. März 1962 (GVG)[45]. Danach kann der Bundesrat selbständig «völkerrechtliche Verträge von beschränkter Tragweite» abschliessen (Art. 47bis Abs. 3 mit beispielhafter Aufzählung entsprechender Verträge)[46]. Nach der Praxis gilt diese Zuständigkeit des Bundesrates auch in Fällen, in denen bloss die Änderung von beschränkter Tragweite ist, selbst wenn der Staatsvertrag als Ganzes beim Abschluss der Genehmigung der Bundesversammlung und gegebenenfalls sogar dem Referendum unterstellt war. Für die bundesrätliche Zuständigkeit nach Art. 47bis Abs. 3 GVG müsste es sich also um eine Materie von «beschränkter Tragweite» handeln[47]. Dass die Erweiterung der Verpflichtungen der Schweiz, die mit dem Einschluss des IGE in den Anwendungsbereich des Übereinkommens verbunden ist, bloss von «beschränkter Tragweite» sei, ist nach Erachten des BJ schon deshalb zu verneinen,

weil die Botschaft zum Ausdehnungsbeschluss zeigt, dass für solche Erweiterungen die parlamentarische Genehmigung vorbehalten bleiben sollte (vgl. oben Ziff. II/3). Dem Einschluss des IGE in den Anwendungsbereich des ÜoeB bloss «beschränkte Tragweite» im Sinn von Art. 47bis Abs. 3 GVG zuzubilligen, käme allenfalls dann in Frage, wenn die Nichterwähnung des IGE als blosses

#### **E. 9**

Versehen zu qualifizieren wäre. Für eine solche Betrachtungsweise hat das BJ indessen vor dem Hintergrund der Ausführungen zu Frage I keine Anhaltspunkte. 5. Was schliesslich die Notifikation im vorliegenden Zusammenhang betrifft, so ist sie die Kundgabe eines vertragsrelevanten Willens der Eidgenossenschaft gegenüber der WTO bzw. den Vertragsparteien. Zuständig ist nach Art. 184 BV grundsätzlich der Bundesrat. Je nach Bedeutung eines Geschäfts lässt sich der Bundesrat auch durch nachgeordnete Stellen wie Departemente oder Ämter vertreten. Eine solche Vertretungsbefugnis kann generell oder individuell für einen bestimmten Fall eingeräumt werden. Im vorliegenden Zusammenhang besteht, nach Ansicht des BJ, weder generell noch individuell eine Zuständigkeit einer dem Bundesrat nachgeordneten Stelle. Fazit zu Frage II: - Für die Genehmigung von Änderungen des ÜoeB ist die Bundesversammlung zuständig. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für die Unterstellung unter das Referendum offensichtlich nicht erfüllt (Ziff. II/2). - Der Bundesrat ist zuständig in den Fällen des Bundesbeschlusses vom 30. April 1997 betreffend die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>[48]</sup> (Ziff. II/3) sowie in den Fällen nach Art. 47bis GVG (Ziff. II/4). Die Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Bundesrates sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Insbesondere hat das BJ keine Anhaltspunkte dafür, dass das IGE dem Anwendungsbereich des WTO-Beschaffungsübereinkommens bloss aus Versehen nicht unterstellt worden ist. III. Ist die blosser Notifikation des erweiterten Anhangs durch ein anderes (eventuell unzuständiges) Amt/Departement geeignet, um das IGE auf internationaler Ebene neuen Regeln zu unterstellen (insbesondere wenn die Notifikation selbst als rein formelle Anpassung bezeichnet wird)? 1. Um das IGE völkerrechtlich verbindlich dem ÜoeB zu unterstellen, bedarf es einer entsprechenden Willensäusserung der Schweiz als Vertragspartner. Für die Vertretung der Schweiz gegenüber dem Ausland ist nach Art. 184 Abs. 1 BV der Bundesrat zuständig. Der Bundesrat kann die Vertretung delegieren. Im vorliegenden Fall besteht, soweit das BJ sieht, keine solche Delegation an eine dem Bundesrat nachgeordnete Stelle. Wie die Nachforschungen des IGE ergeben haben, wurde die Änderung der Liste der schweizerischen Beschaffungsstellen durch die Ständige Mission der Schweiz bei den internationalen Organisationen in Genf der WTO eingereicht. Da diese Stelle aber für den vorliegenden Fall nicht zur Vertretung der

#### **E. 10**

Schweiz gegen aussen ermächtigt wurde, wurde die Änderung der Liste der Beschaffungsstellen gegenüber der WTO durch eine landesrechtlich unzuständige Stelle mitgeteilt. Staatsverträge bzw. Änderungen von Staatsverträgen werden grundsätzlich mit der Ratifikation verbindlich. Im vorliegenden Zusammenhang dürfte allerdings von einer Ratifikation abgesehen worden sein. Die Änderung dürfte vielmehr wohl im Rahmen des vereinfachten Verfahrens für «Berichtigungen und Verschiebungen innerhalb der Listen der Beschaffungsstellen» nach Art. XXIV Abs. 6 ÜoeB vorgenommen worden sein. 2. Eine völkerrechtliche Bindung kann auch eintreten, wenn ein landesrechtlich unzuständiges

Organ gegen aussen hin eine vertragsrelevante Willenserklärung abgibt. Ist ein Vertrag unter Verletzung innerstaatlicher Zuständigkeitsregelungen zustande gekommen, so kann sich ein Staat nach der allgemeinen Regelung in Art. 46 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge[49] der völkerrechtlichen Bindung nur dann entziehen, wenn die Verletzung «offenkundig» war und eine innerstaatliche Rechtsvorschrift «von grundlegender Bedeutung» betraf. Offenkundig ist eine Verletzung dabei nach Art. 46 Abs. 2 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens, «wenn sie für jeden Staat, der sich hierbei im Einklang mit der allgemeinen Übung und nach Treu und Glauben verhält, objektiv erkennbar ist». Diese Regelung ist auch für Vertragsänderungen wie im hier vorliegenden Fall anwendbar[50]. Dass die Verletzung der innerstaatlichen Zuständigkeitsregelung für die Vertragspartner «offenkundig» bzw. «objektiv erkennbar» war, ist nach Erachten des BJ nicht anzunehmen. Die Ständige Mission der Schweiz bei den internationalen Organisationen in Genf ist regelmässig mit vergleichbaren Bekanntmachungen betraut. Dass die «grundlegende Bedeutung» der verletzten Rechtsvorschrift - der Zuständigkeit des Bundesrates - bejaht wird, erscheint zwar nicht ausgeschlossen, braucht hier aber nicht abschliessend beurteilt zu werden. Da die «Offenkundigkeit» der Verletzung einer innerstaatlichen Zuständigkeitsregelung zu verneinen ist, ist eine der beiden Voraussetzungen für die Ausnahme nach Art. 46 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens nicht erfüllt, und damit scheidet die Abwehr der völkerrechtlichen Bindungswirkung im vorliegenden Fall. 3. Ist davon auszugehen, dass die Schweiz völkerrechtlich an die Änderung der Liste der Beschaffungsstellen gebunden ist, so ist in einem zweiten Schritt die Frage zu prüfen, ob die Änderung auch direkt für das IGE verbindlich ist. In der Schweiz haben innerstaatliche Organe völkerrechtliche Normen direkt anzuwenden, soweit sich die Normen dazu eignen[51]. Die direkte Anwendbarkeit setzt voraus, dass die völkerrechtlichen Regelungen genügend bestimmt und klar sind, um unmittelbare Wirkung entfalten und ohne weiteres auf den Einzelfall Anwendung finden zu können[52]. Die direkte Anwendbarkeit muss für jede einzelne Bestimmung eines Übereinkommens beurteilt werden[53]. Mit der Änderung der Liste der Beschaffungsstellen im Anhang zum ÜoeB wird das IGE dem Anwendungsbereich des Übereinkommens unterstellt. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs des Übereinkommens ist genügend bestimmt und klar, um unmittelbare Wirkung zu entfalten. Sie ist damit direkt anwendbar.

## **E. 11**

Lehre und Praxis diskutieren allerdings Ausnahmen von der direkten Anwendbarkeit völkerrechtlicher Regelungen. Teilweise überschneidet sich diese Diskussion mit der Diskussion über die «Schubert-Praxis» bzw. über den Vorrang des Völkerrechts. Im vorliegenden Fall steht allerdings kein direkter Widerspruch zwischen dem ÜoeB bzw. dem geänderten Anhang I einerseits und dem BoeB andererseits zur Diskussion, da die Nichterwähnung des IGE im BoeB, wie oben (Ziff. I/1) ausgeführt, wohl nicht als qualifiziertes Schweigen zu betrachten ist. Für vorliegenden Fall von Bedeutung ist, dass das Bundesgericht die direkte Anwendung selbst für den Fall verlangt, dass die völkerrechtliche Regelung unter Verletzung der innerstaatlichen Zuständigkeitsordnung zustande gekommen ist. Nach dem Bundesgericht sind völkerrechtliche Regelungen, sobald sie für die Schweiz rechtskräftig werden, «von allen Staatsorganen einzuhalten und anzuwenden [...]. Auch der Richter kann daher einem Staatsvertrag, der völkerrechtlich verbindlich ist, die Anwendung nicht versagen unter Berufung darauf, dass die innerstaatliche Kompetenzordnung beim Vertragsschluss nicht eingehalten worden sei»[54]. Eine abweichende Auffassung vertritt Felix Schöbi[55]. Seine bedenkenwerte

Begründung[56] vermochte sich in der Praxis (bisher) nicht durchzusetzen. Neuerdings äussert sich auch Thomas Cottier ablehnend gegenüber der direkten Anwendung von Staatsvertragsrecht, das unter «Nichteinhaltung des für den Vertragsschluss innerstaatlich zutreffenden Verfahrens» zustande gekommen ist[57]. Nach der heutigen Praxis ergibt sich somit Folgendes: Die Unterstellung des IGE unter das ÜoEB ist, da direkt anwendbar, direkt für das IGE verbindlich. Damit untersteht das IGE dem Beschaffungsrecht des Bundes, soweit dieses das WTO-Beschaffungsübereinkommen umsetzt. Fazit zu Frage III - Die Änderung der Liste der Beschaffungsstellen wurde gegenüber der WTO seitens der Schweiz durch eine Instanz veranlasst, die nach dem schweizerischen Recht nicht zur Vertretung der Schweiz in dieser Angelegenheit ermächtigt war (Ziff. III/1). - Die Schweiz ist völkerrechtlich dennoch gegenüber ihren Vertragspartnern an die Änderung der Liste der Beschaffungsstellen gebunden (Ziff. III/2).

#### **E. 12**

- Die Unterstellung des IGE unter das ÜoEB - und damit unter das Beschaffungsrecht des Bundes, soweit es das WTO-Beschaffungsübereinkommen umsetzt - ist auch direkt für das IGE verbindlich (Ziff. III/3). IV. In welchem Verhältnis stehen das ÜoEB und das BoeB in Bezug auf ihren Geltungsbereich? Welche Auswirkungen hat die Erwähnung des IGE im revidierten Anhang I zum ÜoEB für die Rechtslage in der Schweiz? 1. Was das Verhältnis von BoeB und ÜoEB betrifft, so dient das BoeB der Umsetzung des ÜoEB. Dementsprechend verweist die Botschaft zum BoeB für die Umschreibung des Geltungsbereichs in Art. 2 Abs. 1 BoeB auf den Anhang I des ÜoEB[58]. Nichts hindert indessen die Schweiz, dem BoeB über das ÜoEB hinaus weitere Bereiche dem Beschaffungsrecht zu unterstellen. Eine autonome Ausdehnung des Geltungsbereichs findet sich denn auch in Art. 2 Abs. 2 und 3 BoeB. 2. Die zweite Frage wurde im Rahmen der Frage III beantwortet. Es wird daher auf die Ausführungen in Ziffer III verwiesen. V. Schlussfolgerungen 1. Die Änderung des Anhangs I des ÜoEB ist völkerrechtlich für die Schweiz verbindlich. Das ÜoEB und damit das Beschaffungsrecht des Bundes, soweit es das WTO-Beschaffungsübereinkommen umsetzt, ist nach der Praxis auch direkt für das IGE verbindlich. 2. Die Änderung des Anhangs I des ÜoEB wurde durch unzuständige Stellen veranlasst. Die völkerrechtliche Rechtslage deckt sich nicht mit der landesrechtlichen Rechtslage, da das BoeB das IGE nicht erfasst. 3. Das BJ erachtet eine Unterstellung des IGE unter das Beschaffungsrecht des Bundes als sinnvoll. Angesichts der Auslegungsschwierigkeiten, die der Geltungsbereich des BoeB, insbesondere Art. 2 Abs. 1 BoeB, bietet, sollte eine Revision von Art. 2 BoeB geprüft werden. In diesem Rahmen wäre auch zu prüfen, ob für die Unterstellung des IGE analog zur Post zwischen Monopolbereichen und Bereichen, in denen das IGE in Konkurrenz zu Privaten tätig ist, differenziert werden sollte. [5] SR 0.632.231.422. [6] SR 172.056.1. [7] Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2), BBl 1994 IV 1177. [8] Vgl. François Bellanger, *Le droit applicable aux marchés publics*, in: *Revue de droit administratif et de droit fiscal (RDAF)*, September 2001, S. 374. - Neuerdings figuriert das IGE allerdings auf einer Version des Anhangs I, die

#### **E. 13**

auf der Homepage der WTO abrufbar ist (vgl. Fussnote 36). Die Hintergründe der Nennung des IGE sind im Einzelnen nicht klar. Fest steht, dass die Bundesversammlung keine Modifikation des Anhangs I beschlossen hat; vgl. im Einzelnen nachstehend Ziffer II zu den

landesrechtlichen Anforderungen an eine Änderung des Anhangs I. [9] Diese Situation erscheint erklärungsbedürftig. Mangels greifbarer Hinweise in den verfügbaren Unterlagen lässt sich allerdings über die Hintergründe bloss spekulieren. Berücksichtigt man die zeitlichen Abläufe, so zeigt sich, dass die Schlussverhandlungen und der Abschluss des ÜoeB und die Diskussionen über die Schaffung des IGE parallel verliefen und daher möglicherweise zu wenig koordiniert wurden. [10] Vgl. Art. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über Statut und Aufgaben des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGEG), SR 172.010.31; Art. 1 und 11 des Postorganisationsgesetzes vom 30. April 1997 (POG), SR 783.1; Art. 71 des Alkoholgesetzes vom 21. Juni 1932 (AlkG), SR 680. [11] SR 172.010. [12] Bundesgesetz über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung (Verwaltungsorganisationsgesetz [VwOG], AS 1979 114). [13] BBl 1996 V 1. [14] Luzius Mader, Bundesrat und Bundesverwaltung, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 67 N. 32. [15] SR 172.010.1. [16] SR 172.213.1. [17] Zu pauschal in dieser Hinsicht die beiläufige, nicht entscheidrelevante Bemerkung im Urteil Swisscontrol/Skyguide vom 28. September 2001 der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, VPB 66.5 E. 3c/cc (S. 73 f.), wonach es sich bei den im Anhang I Annex 1 des ÜoeB abschliessend aufgezählten Verwaltungseinheiten um die «entités de l'administration fédérale centrale et décentralisée, selon l'annexe à la LOGA» handle. [18] Vgl. die Verordnung des Bundesrates vom 30. September 1996 über das Statut des Personals des IGE (IGE-PersV), SR 172.010.321 (das IGEG statuiert in Art. 8 bloss den öffentlich-rechtlichen Status und überlässt die Regelung im Übrigen dem Bundesrat!). Personalrechtliche Sonderregelungen für dezentralisierte Verwaltungseinheiten im Sinn von Art. 2 Abs. 3 RVOG behält explizit auch Art. 2 Abs. 1 Bst. e des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG), SR 172.220.1, vor. [19] Vgl. Fussnote 6. [20] Jean-Baptiste Zufferey, Les marchés publics dans la construction «Cinq ans après», in: Journées suisses du droit de la construction, Fribourg 2001 (hrsgg. vom Institut pour le droit suisse et international de la construction, Fribourg), S. 22. [21] Vgl. auch für die hoheitlichen Aufgaben des IGE die explizite Begrenzung der Weisungsbefugnis des Bundesrates gegenüber dem Institutsdirektor im Bereich der organisatorisch-betrieblichen Selbständigkeit des IGE (Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 des IGEG). [22] Vgl. Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 20 f; Bellanger (Fussnote 4), S. 374.

#### **E. 14**

[23] Der Kreis der nach Anhang I erfassten Stellen gilt nicht gleichermassen gegenüber jedem der anderen Vertragsparteien. Die Öffnung der Beschaffungsmärkte im Rahmen des ÜoeB erfolgt nämlich nicht nach dem Meistbegünstigungsprinzip, sondern auf der Basis der Reziprozität. Vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) (GATT-Botschaft 1), BBl 1994 IV 352 f. [24] Vgl. GATT-Botschaft 1, BBl 1994 IV 353; ausführlicher: Galli/Lehmann/Rechsteiner (Fussnote 18), N. 193 ff. [25] Zum Auslegungsspielraum vgl. Urteil Swisscontrol/Skyguide vom 28. September 2001 der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, VPB 66.5 E. 3c/cc (S. 74). [26] Vgl. auch die Präambel des ÜoeB, dessen Umsetzung das BoeB dient. [27] Ebenso Bellanger (Fussnote 4), S. 374. [28] Allein die Kosten, die für eine Vergabe nach den Beschaffungsregeln anfallen, vermögen nach Erachten des BJ der betriebswirtschaftlichen Führung des IGE keinen Abbruch zu tun. [29] So verweist die Botschaft darauf, dass das BAGE «weit stärker in die

europäischen und weltweiten Schutzsysteme auf dem Gebiete des Geistigen Eigentums eingebunden ist als in die Verwaltungsorganisation des Bundes» und illustriert die dadurch bedingte Selbständigkeit hinsichtlich des Beschaffungswesens mit dem Hinweis auf die Anforderungen an die Kompatibilität von Informatikmitteln (BBl 1994 III 977). Daraus ergibt sich nach Erachten des BJ bloss, dass für das IGE die Kompatibilität seiner Software mit ausländischen Immaterialgüterrechts-Schutzsystemen im Vordergrund steht. Dem steht die Beachtung des Beschaffungsrechts jedoch in keiner Weise im Weg. [30] SR 101. [31] Vgl. zur Grundrechtsbindung neustens Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2001 S. 656 ff (Braderie/La Chaux-de-Fonds); Yvo Hangartner, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000 S. 515 ff. [32] Vgl. allerdings die Kritik bei Galli/Lehmann/Rechsteiner (Fussnote 18), N. 33 zu dieser Differenzierung für die Post. [33] Vgl. zur Lückenfüllung allgemein Walter Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998 N. 191 ff. Vgl. auch Manuel Jaun, Die teleologische Reduktion im schweizerischen Recht, Konzeptionelle Erfassung, Voraussetzungen und Schranken der Rechtsfindung contra verba legis, Diss., Bern 2001, S. 200 ff. [34] Häfelin/Müller (Fussnote 29), N. 201 f. [35] Art. XXIV Abs. 12 ÜoeB. [36] Vgl. den Genehmigungsbeschluss in BBl 1994 IV 434. [37] BBl 1994 IV 842 ff. [38] Vgl. AS 1996 S. 609 ff. [39] In den in der Botschaft sowie in der AS und der SR publizierten Versionen wird bloss in einer Fussnote zu Art. 1 Abs. 1 die formale Struktur des Anhangs I festgehalten: «Für jede Vertragspartei ist Anhang I in fünf Annexe unterteilt: - Annex 1 enthält zentrale Regierungsstellen (französische Version: «des entités du gouvernement central») - Annex 2 enthält subzentrale Regierungsstellen (französische Version: «des entités des gouvernements sous-centraux») -

## **E. 15**

Annex 3 enthält alle anderen Stellen, die sich bei der Beschaffung an die Bestimmungen dieses Übereinkommens halten [...]» (Annexe 4 und 5 betreffen die erfassten Dienstleistungen). [40] unter: [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/legal\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm) [41] BBl 1994 IV 420 f. [42] Bundesbeschluss vom 30. März 1997 betreffend die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.2. [43] Wie beispielsweise im Verhältnis zu den USA, denen gegenüber der Anwendungsbereich des Übereinkommens beim Inkrafttreten 1996 weniger weit reichte als gegenüber der Europäischen Gemeinschaft (indem die Beschaffungen durch die Gliedstaaten bzw. die Kantone sowie durch öffentliche Unternehmen in den Bereichen Wasser-, Elektrizitäts- und Verkehrsversorgung vollständig ausgeschlossen waren), vgl. Botschaft des Bundesrates vom 15. Januar 1997 (im Rahmen des Aussenwirtschaftsberichts 1996), BBl 1997 II 247. [44] Botschaft des Bundesrates vom 15. Januar 1997 (im Rahmen des Aussenwirtschaftsberichts 1996), BBl 1997 II 250. [45] SR 171.11. [46] Der Bundesrat kann nach Art. 47bis b Abs. 4 Geschäftsverkehrsgesetz die Abschluss- und damit auch die Änderungskompetenz im Bereich der Verträge von beschränkter Tragweite an ein Departement, eine Gruppe oder ein Amt delegieren. Eine solche Delegation beispielsweise an das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) oder an das seco besteht im vorliegenden Zusammenhang, nach Kenntnis des BJ, nicht. [47] Vgl. dazu Valentin Zellweger, Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, Bern 2001, S. 351 ff. [49] SR 0.111; für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft getreten. [50] Vgl. Art. 44 des

Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge. [51] Daniel Wüger, Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger (Fussnote 43), S. 93 ff. [52] Vgl. zu den Anforderungen, die an die direkte Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen zu stellen sind, neustens auch VPB 64.20 S. 272 ff.; Wüger (Fussnote 43), S. 97 ff. [53] Vgl. GATT-Botschaft 1, BBl 1994 IV 418. Im Fall des ÜoeB verneinte die Botschaft die direkte Anwendbarkeit «für die wichtigsten Bestimmungen, wie beispielsweise diejenige über die Schaffung eines Rechtsmittelverfahrens» (BBl 1994 IV 421). Daher wurde auch von der Unterstellung unter das Referendum abgesehen. Die Botschaft schloss indessen explizit nicht aus, dass einzelne Bestimmungen des ÜoeB direkt anwendbar sein können (BBl 1994 IV 421). [54] BGE 120 Ib 366 E. 2c (bestätigt in BGE 124 II 307 f, E. 4b); zustimmend Yvo Hangartner, in: AJP 1995, S. 946 f. - Der Entscheid des Bundesgerichts verweist auch auf die gleichlautende Auffassung in der gemeinsamen Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, in: VPB 53.54 S. 400 und 403.

#### **E. 16**

[55] Felix Schöbi, Art. 46 Vertragsrechtskonvention und der Monismus, recht 1996 S. 214 ff.; derselbe, Schweizerischer Grundstückskauf und europäisches Recht, Bern 1999, S. 37 f., insbesondere Fn. 104 (mit weiteren Hinweisen). [56] «[...] dass nur jene völkerrechtlichen Verpflichtungen Teil des schweizerischen Landesrechts werden, die vom Parlament ordnungsgemäss genehmigt worden sind oder deren Genehmigung ausnahmsweise nicht erforderlich ist. Anders zu entscheiden hiesse, vom Parlament zu verlangen, ein (jüngeres) Gesetz zu erlassen, nur damit ein ihm zu Unrecht nicht zur Genehmigung vorgelegter Staatsvertrag nicht länger landesrechtlich Wirkung entfaltet» (recht 1996, S. 218). [57] Thomas Cottier, Einleitung und Synthesen, in: Cottier/Achermann/Wüger/Zellweger (Fussnote 43), S. 24 ff. [58] GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1177.

#### **E. 17**

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 67.4 - Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 5. Juni 2002 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2003 Année Anno Band 67 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 006 023 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.